Die Verjährung
von
Unterlassungsansprüchen.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock
vorgelegt von

Herbert Harringer
Referendar aus Rostock.

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1931

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Literatur.

Beckh: Die Beweislast nach dem BGB., München 1899.

v. Blume: in der Festschrift für Güterbock, Berlin 1910 S. 383 ff.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I 8./9. Aufl. Berlin 1908.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Hälfte, Allgemeiner Teil, 11. Bearbtg. Marburg 1926.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbtg. Marburg 1930.

Embs: Beginn der Verjährung eines Anspruchs auf Unterlassung. Diss. Rostock 1902.

Fischer: Recht und Rechtsschutz, 6. Heft der Beiträge usw. Berlin 1889.

Freundlich: Der Beginn der Anspruchsverjährung im Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des § 200. Diss. Breslau 1917.

Gerlach: Erläuterung des § 198 BGB. Diss. Jena 1904.

v. Gierke: in Iherings Jahrb. für Dogmatik des röm. und deutschen Privatrechts, Bd. 64, S. 360 ff.

Haensell: Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden. Diss. Jena 1903.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil. Berlin 1926.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900.

Hölder: im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 93, S. 40 ff.

Hölder: in Iherings Jahrbücher für Dogmatik des röm. und deutschen Privatrechts, Bd. 46, S. 300 ff.

Jacobsohn: Die Unterlassungsklage. Berlin 1912.

Kohler: in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht, Bd. 14, S. 9.

Langheinecken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.

Lehmann: Unterlassung und Unterlassungsklage. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft herausg. von Stier-Somlo und Elster, VI. Bd., S. 240 ff. Berlin, Leipzig 1929.

Leonhard: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1900.
Liman: Der Beginn der Anspruchsverjährung, namentlich im Falle des § 196 BGB. Diss. Jena 1912.
Oertmann: Kommentar zum Allgemeinen Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Abtlg., 5. Aufl. Berlin 1928, 1929.
Oertmann: in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 616 ff.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1913.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914. Besonderer Teil (2. Hälfte) 4. Aufl. Berlin 1928.
Regelsberger: Pandekten, Bd. I. Leipzig 1893.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: (Das BGB. erläutert von den Reichsgerichtsräten) Bd. I, 6. Aufl. Berlin, Leipzig 1928.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl. Berlin 1930.
Rosenthal: Die Unterlassungsklage. München, Berlin, Leipzig 1916.
Rosenthal: in der Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, Jahrg. 1918, S. 671 ff.
Rogowski: Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen. Diss. Leipzig 1907.
v. Staudinger's Kommentar, Bd. I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Teil, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1926—30.
Stephan: Die Unterlassungsklage. München 1906.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1898.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte. Leipzig 1914.
Ubbelohde: Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1892.
Ulrich: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht. Diss. Erlangen 1914.
Wendt: im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 92, S. 1 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Zachariae: Der Beginn der Anspruchsverjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Jena 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen sind abgekürzt = RGZ.

Gliederung.

Seite

I. Einleitung 7

II. Die Arten der Unterlassungsansprüche und ihre Verjährung 10

A. Der obligatorische Unterlassungsanspruch 10

1. Die sog. primäre Unterlassungspflicht 10

a) Der Anspruch auf einmaliges Unterlassen und seine Verjährung 11

b) Der Anspruch auf wiederholtes Unterlassen und seine Verjährung 12

c) Der Anspruch auf dauerndes Unterlassen und seine Verjährung 14

2. Die kombinierte Unterlassungspflicht 22

3. Die sekundäre Unterlassungspflicht 24

B. Der absolute Unterlassungsanspruch und seine Verjährung 25

C. Der deliktische Unterlassungsanspruch und seine Verjährung 34

1. Der reine deliktische Unterlassungsanspruch 34

a) als Naturalrestitution (wiederherstellender Unterlassungsanspruch) 34

b) auf Grund der Verbotsgesetze (deliktischer Unterlassungsanspruch) 35

2. Der quasideliktische (quasinegatorische, vorbeugende) Unterlassungsanspruch 36

D. Die Wirkung der Verjährung von Unterlassungsansprüchen 38

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0052

I. Einleitung.

Die Zeit ist ein Faktor, dem die Rechtsordnung, wie auch jede andere menschliche Einrichtung, weitgehendst Rechnung tragen muß. In unserem BGB. ist dies u. a. geschehen durch die Einführung des Instituts der Anspruchsverjährung. Das Wesen der Verjährung besteht darin, daß dem Anspruchsgegner nach Ablauf einer gewissen Frist das Recht erwächst, dauernd die Leistung zu verweigern (sog. peremptorische Einrede).

Die Berechtigung der Verjährung ergibt sich aus Gründen der allgemeinen Rechtssicherheit, denn der Zeitablauf kann sehr oft bewirken, daß der Anspruchsgegner den ihm obliegenden Beweis der Unbegründetheit oder des Erlöschens des Anspruchs deshalb nicht mehr erbringen kann, weil ihm die Beweismittel hierfür im Laufe der Zeit verloren gegangen sind. Der Anspruchsberechtigte muß deshalb angehalten werden, den Anspruch rechtzeitig geltend zu machen, andernfalls sein Gegner sich nur auf den Zeitablauf zu berufen braucht, um den Anspruch wirkungslos zu machen.

Gegenstand der Verjährung sind nur Ansprüche, also nach der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB. Rechte, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Da die genannte Gesetzesvorschrift ausdrücklich auch den auf Unterlassung gerichteten Anspruch nennt, so ergibt sich, daß die im fünften Abschnitt des allgemeinen Teils des BGB. aufgestellten Vorschriften nicht nur für den Anspruch auf ein positives Tun, sondern auch für den Anspruch auf Unterlassung gelten sollen. Doch wird hieraus nicht gefolgert werden dürfen, die Verjährung von Unterlassungsansprüchen biete keinerlei rechtliche Besonderheiten. In einem Falle, im § 198 Abs. 2, hat das Gesetz selbst eine Sonderregelung für den Beginn der Verjährung dieser Ansprüche geschaffen. Eine nähere Untersuchung des Unterlassungsanspruchs wird zei-

gen, ob sich aus der Wesensverschiedenheit des positiven und des negativen Anspruchs noch weitere Unterschiede hinsichtlich ihrer Verjährung ergeben. Ein Eingehen auf das Wesen des Unterlassungsanspruchs für diesen Zweck ist nicht vermeidbar.

Der Unterlassungsanspruch verlangt von dem Anspruchsgegner etwas rein Negatives, nämlich ein bloßes „Nichttun". Solange nur die in Frage stehende Handlung tatsächlich unterbleibt, ist der Anspruch auf Unterlassung befriedigt. Unrichtig erscheint die Ansicht, die den Unterlassungsanspruch als einen positiven, auch auf ein Tun gerichteten Anspruch bezeichnet, weil auch dieser Anspruch von dem Verpflichteten ein Tun, und zwar eine Bestimmung seines Willens zur Unterlassung einer Handlung verlange. Allein, es ist nicht richtig, ja in einigen Fällen sogar undenkbar, daß der zur Unterlassung Verpflichtete zur Befriedigung des Unterlassungsanspruches eine Willensbetätigung vornehmen müsse. Ein Anspruch, gerichtet auf dauerndes Unterlassen, würde sonst eine unmögliche Leistung verlangen, denn niemand kann fortdauernd seinen Willen zur Unterlassung bestimmen. Man halte sich auch noch folgende Fälle vor Augen: Der zur Unterlassung des Klavierspielens während der Abendstunden Verpflichtete unterläßt das Spielen zur fraglichen Zeit nur deshalb, weil er bereits schlief oder gerade bewußtlos war. Ja, es gibt sogar Fälle, in denen der Anspruchsgegner gerade den Willen hat, dem Unterlassungsanspruch zuwiderzuhandeln, diesen Willen aber nur deshalb nicht in die Tat umsetzen kann, weil er sich außerhalb des Ortes aufhält. Es wäre doch eine sehr weltfremde Betrachtungsweise, wenn man sagen wollte, in all diesen Fällen sei dem Unterlassungsanspruch nicht Genüge getan, weil dem Anspruchsgegner der Wille zur Unterlassung gefehlt habe [1]).

1) Die im Text vertretene Ansicht darf als die herrschende bezeichnet werden, vgl. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 199 ff.; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 79; Oertmann, Komm. R. d. Schuldverh. 5. Aufl. 1. Abtlg. § 241 Anm. 2a; Lehmann, Die Unterlassungspflicht, S. 22 ff, S. 210; Ulrich, Der Unterlassungsanspr. aus obligator. R. verh. Diss. Erlangen 1914 (abgedr. auch i. Iherings Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 64 S. 161 ff) S. 2; Endemann, Lehrb. Bd. 1, 8./9. Aufl.

Zu weiteren Zweifeln hat die Frage Anlaß gegeben, ob auch der Anspruch auf Dulden zu den Ansprüchen auf Unterlassen zu zählen sei. Diese Frage wird zu bejahen sein, denn Duldenmüssen wie Unterlassen verlangen beide rein negativ ein Untätigsein des Verpflichteten[2]), in anderer Formulierung: Dulden ist das Unterlassen von Widerspruch oder Hinderung[3]).

Wenngleich nun allen Unterlassungsansprüchen gemeinsam ist, daß sie rein negativen Inhalt haben, so darf man darum nicht außer acht lassen, daß die Quellen, aus denen ein Unterlassungsanspruch entspringen kann, durchaus verschiedener Art sind. Dieser Anspruch kann einem obligatorischen Verhältnis oder auch einem absoluten Rechte entstammen, ja sogar ein Unterlassungsanspruch auf deliktischer Grundlage erscheint möglich. Aber auch noch innerhalb des obligatorischen, absoluten oder deliktischen Unterlassungsanspruches wird man eine weitere Unterscheidung nach dem Leistungsinhalt vornehmen müssen, indem man eine Einteilung nach Ansprüchen, gerichtet auf einmaliges, wieder-

---

§ 96 Anm. 11; auch Stephan, Die Unterlassungsklage, S. 32 ff. S. 46 (Oertmann, a. a. O. zählt Stephan mit Unrecht zu den Gegnern seiner Ansicht) — A. M. Leonhard, Allg. Teil des BGB. § 56; Embs, Beginn der Verjährung eines Anspruchs auf Unterl. Diss. Rostock 1902 S. 21; Langheinecken, Anspruch und Einrede, S. 247/48 (§ 13); Jacobsohn, Unterlassungsklage, S. 7 ff. Schon früher vertrat Windscheid diese Ansicht (Unterl.-Willenstat-Handlung) vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl. Bd. 2 § 252 A 1a. Die Literatur stellt diese Betrachtungen nur für die Unterlassungspflicht (also den „obligator." Unterlassungsanspr.) an. M. E. sind die dort gewonnenen Ergebnisse unbedenklich auf alle Arten des Unterlassungsanspr. übertragbar.

2) So auch Lehmann, a. a. O., S. 24 ff.; Ulrich, a. a. O., S. 8/9, 12; Jacobsohn, a. a. O. S. 9; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 6; Wendt, Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 92 S. 2 f.; Planck, Komm. Bd. 2, R. d. Schuldverh. § 241; Staudinger, Komm. R. d. Schuldverh. 9. Aufl. § 241, A. 6; Oertmann, a. a. O. § 241 Anm. 2d.

3) Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. bürg. Rechts, R. d. Schuldverh. 11. Bearb. § 4, 1.

kehrendes und dauerndes Unterlassen, vornimmt[4]). Erst wenn man all diesen Verschiedenheiten Rechnung trägt, kann man die Frage der Verjährbarkeit und Verjährung von Ansprüchen auf Unterlassen beantworten.

Gerade darin, daß man den Gesichtspunkt der innerlichen Verschiedenheiten der Unterlassungsansprüche bisher in der an sich schon spärlichen Literatur über die Verjährung dieser Ansprüche außer acht gelassen hat, liegen m. E. manche Irrtümer und unberechtigte Verallgemeinerungen beschlossen.

II. Die Arten der Unterlassungsansprüche und ihre Verjährung.

A. Der obligatorische Unterlassungsanspruch.

1. Die sog. primäre Unterlassungspflicht.

Das Prinzip der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Schuldrechts gewährt die Möglichkeit, Verträge abzuschließen, die den Schuldner ausschließlich und primär zu einer Unterlassung verpflichten. Die Zulässigkeit solcher Verträge kann umsoweniger bezweifelt werden, als das BGB. im § 241 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne. Das Eigentümliche dieser Rechtsverhältnisse ist, daß sie in der Unterlassungspflicht aufgehen. In diesem Sinne ist auch der persönliche Unterlassungsanspruch identisch mit dem Unterlassungsschuldverhältnis[1]).

---

4) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 4 V; Gierke, Iherings Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 64 S. 371; Lehmann, a. a. O. S. 59 scheidet einmalige und dauernde Unterlassungsansprüche. Er zählt offenbar (a. a. O. S. 61) den Anspruch auf wiederholtes Unterlassen zu den Dauerunterlassungsansprüchen. Die oben vorgenommene Unterscheidung erscheint aber genauer, da wiederholtes und dauerndes Unterlassen nicht dasselbe ist.

1) Auf den Streit, ob Schuldverh. und obligator. Anspr. identisch sind, braucht nicht eingegangen werden, da dieser Streit

Eine solche primäre (reine, selbständige) Unterlassungspflicht ist direkt auf das Unterlassen und nicht etwa nur auf das Geldinteresse nach eingetretener Zuwiderhandlung gerichtet [2]). Das kann nach dem Wortlaute des § 241 Abs. 2 und § 198 Abs. 2 BGB. für das heutige Recht nicht mehr zweifelhaft sein.

Diese primäre Unterlassungspflicht kann in drei verschiedenen Formen auftreten. Sie kann den Schuldner zu einem einmaligen, wiederholten oder dauernden Unterlassen verpflichten.

a) Der obligatorische Anspruch auf einmaliges Unterlassen und seine Verjährung.

Ein Schuldverhältnis, das den Schuldner zu einem einmaligen Unterlassen verpflichtet, wird im täglichen Leben nur selten sein. Immerhin kannte auch schon das frühere Recht solche Fälle, vor allem das oft zitierte pactum de non licitando, d. i. ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, bei einer Auktion nicht mitzubieten. Dieser Vertrag hat eine für die Verjährung des durch ihn begründeten Unterlassungsanspruches sehr wesentliche Eigenschaft: Die geschuldete Unterlassung ist in diesem Falle eine Fixleistung. In demselben Augenblicke, wo die Unterlassung akut wird, im obigen Beispiel bei Beginn der Auktion, kann der Schuldner entweder das Mitbieten unterlassen, oder aber seiner Pflicht zuwiderhandeln. Ein zeitlicher Spielraum für die Bewirkung seiner Leistung besteht für ihn nicht. Eine Nachholbarkeit der Leistung ist nicht denkbar. Hat der Schuldner trotz des Verbotes mitgeboten, so ist die Unterlassung ein

---

müßig ist. Die Frage läßt sich nur für den Einzelfall entscheiden und ist einheitlich überhaupt nicht zu beantworten. Vgl. Lehmann, Unterl.-Pflicht S. 89.

2) So auch Lehmann, a. a. O. S. 88 ff., bes. S. 105; Stephan, a. a. O. S. 25, 29; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 4 I; Thon, R. norm. u. subj. R., S. 200 Anm. 118; Rogowski, Die Zuwiderhandlungen gegen U.pfl. Leipz. Diss. 1907, S. 72 f. u. S. 15; Oertmann, Komm. z. allg. T. 3. Aufl. Vorbem. zu § 198 A 3b Abs. 2 Anders fürs gemeine Recht: Ubbelohde, Lehre von den unteilb. Oblig. S. 105.

für allemal unmöglich. Es kann also beispielsweise der Unterlassungsschuldner nicht noch nachträglich dadurch seine Verpflichtung erfüllen, daß er bei einer anderen Versteigerung das Mitbieten unterläßt. Dieses Unterlassen würde eine ganz andere Leistung als die geschuldete sein. Die negative Pflicht auf einmaliges Unterlassen kann höchstens noch einen Ersatzanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung hervorrufen. Dieser letztere Anspruch aber hat mit einem negativen Anspruch nichts mehr gemein, ist vielmehr positiv auf ein Tun, auf Ersatz des Schadens gerichtet [3]). Als Konsequenz des Dargestellten ergibt sich die Unverjährbarkeit des Anspruchs auf einmaliges Unterlassen; denn nach dem Wortlaut des § 198 Abs. 2 BGB. würde die Verjährung dieses Anspruchs mit der Zuwiderhandlung zu laufen beginnen. Dieselbe Zuwiderhandlung aber läßt den Anspruch untergehen, da nach der Zuwiderhandlung die Unterlassung als Fixleistung nicht mehr möglich ist. Beginn des Laufes seiner Verjährung ist identisch mit dem Erlöschen des Anspruchs auf einmalige Unterlassung. Erloschene Ansprüche können aber niemals mehr verjähren. Wohl aber beginnt der mit der Zuwiderhandlung entstandene positive Ersatzanspruch zu verjähren und zwar nach der Grundregel des § 198 Abs. 1 BGB., obschon zufällig Zeitpunkt seines Entstehens mit der Zuwiderhandlung gegen den Hauptanspruch zusammenfällt [4]).

b) Der obligatorische Anspruch auf wiederholtes Unterlassen und seine Verjährung.

Denkbar, wenngleich in der Praxis wohl nicht sehr häufig, ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine bestimmte Handlung zu wiederholten Malen zu unterlassen. Beispiele würden etwa sein: Unterlassen des Mitbietens bei mehreren Versteigerungen, Unterlassen von Klavierspielen an etwa drei aufeinanderfolgenden Abenden und ähnliche Fälle. Hier liegt offenbar nur eine Vervielfältigung einer einmaligen Unterlassung vor. Es ergibt sich von selbst

3) Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 319; Ulrich, a. a. O. S. 36.

4) So im wesentlichen auch Stephan, Unterlassungskl. S. 111; Lehmann, Unterlassungspfl. S. 321; Rogowski, a. a. O. S. 75; Hölder, Komm. Allg. T. § 198 Anm. 2a.

eine äußere scharfe Trennung der Leistungsteile. Die Mehrheit der Unterlassungen wird in diesem Falle durch das Band einer einheitlichen Unterlassungspflicht zusammengehalten. Wird beispielsweise bei einer von mehreren Versteigerungen entgegen der Verpflichtung mitgeboten, so wird mit dieser Zuwiderhandlung nicht etwa die ganze wiederkehrende Unterlassungsleistung unmöglich, sondern nur ein Teil derselben [5]). Dies Ergebnis ist darin begründet, daß im genannten Beispiele Unterlassungspflicht und Unterlassungsanspruch nicht zusammenfallen. Die Unterlassungspflicht ist zwar entsprechend dem Willen der Parteien als einheitlich anzusehen, sie birgt aber so viel Unterlassungsansprüche, als äußerlich trennbare Leistungsteile vorhanden sind, in sich. Dieser Mehrheit von Unterlassungsansprüchen muß logischerweise eine Mehrheit von Verjährungsfällen entsprechen, denn nicht die Unterlassungs„pflicht", sondern der Unterlassungs„anspruch" ist Gegenstand der Verjährung (§ 194 BGB.).

Der einzelne von diesen mehreren Unterlassungsansprüchen ist ebenso wie der Anspruch auf einmaliges Unterlassen eine Fixleistung. Er wird somit ebenso wie letzterer mit der Zuwiderhandlung inhaltslos und erlischt. Mithin kann auch er nicht Gegenstand der Verjährung sein, da Zuwiderhandlung, Beginn des Verjährungslaufes und Erlöschen des Anspruchs in ein und demselben Zeitpunkt zusammenfallen. Da nun der einzelne von den mehreren gleichartigen Unterlassungsansprüchen nicht verjähren kann, so können sich hieraus hinsichtlich der Verjährung der anderen Unterlassungsansprüche keine Folgen ergeben. Vielmehr ist auch bei den übrigen Ansprüchen eine Verjährbarkeit aus denselben Gründen, wie eben dargelegt, nicht denkbar. Ist also der Schuldner zur Unterlassung des Klavierspielens an drei Abenden verpflichtet, und spielt er trotz des Verbotes am ersten Abend, so wird dadurch die Pflicht zum Unterlassen des Spielens an den anderen beiden Abenden nicht berührt. Der Anspruch hinsichtlich des Spielens am ersten Tage ist endgültig erloschen und damit nicht mehr Gegenstand der Verjährung. Und dasselbe gilt für das Klavierspielen an den anderen

---

5) Als einziger, soweit ich sehe, erörtert Ulrich, a. a. O. S. 43 diese Frage. Er entscheidet sie im obigen Sinne.

beiden Abenden. Findet wiederum Zuwiderhandlung statt, so erlöschen auch diese beiden Ansprüche, ohne daß von einer Verjährung die Rede sein könnte. Wohl aber entsteht ein Anspruch auf Schadensersatz, weil der Schuldner seine Pflicht nicht erfüllt hat. Dieser positive Anspruch verjährt dann nach allgemeiner Vorschrift in 30 Jahren.

c) Der obligatorische Anspruch auf dauerndes Unterlassen und seine Verjährung.

Bei weitem der wichtigste Fall der obligatorischen Unterlassungsansprüche ist der Anspruch auf dauerndes Unterlassen. Das wirtschaftliche Leben bietet Beispiele dieser Art genug. Praktisch am wichtigsten sind wohl die sog. Konkurrenzausschlußverträge[6]), die sehr oft ihre Grundlage in den Statuten von Kartellen und Syndikaten finden. Sie verpflichten die Mitglieder dieser Vereinigungen, sich während der Vertragsdauer nicht an anderen Gesellschaften derselben Betriebsart zu beteiligen. Häufig ist auch die Bestimmung, daß ein Kaufmann sich bei Aufgabe seines Geschäftes dem Käufer gegenüber verpflichtet, kein Geschäft der gleichen Art an dem betreffenden Orte wieder zu eröffnen.

Aus den angeführten Beispielen geht schon hervor, daß der Begriff der Dauerunterlassung nicht etwa so verstanden werden darf, als ob die bestimmte Handlung nun bis in alle Ewigkeit zu unterlassen wäre. Unter diesen Begriff fallen selbstverständlich auch jene Pflichten, die eine Unterlassung während einer bestimmten Vertragszeit, z. B. auf 10 Jahre oder auf Lebenszeit auferlegen. Die Grenze zu den wiederkehrenden Unterlassungspflichten ist so zu ziehen, daß bei der Dauerunterlassung während der Vertragszeit eine Handlung dauernd nicht vorgenommen werden darf, während bei der wiederkehrenden Unterlassung die Zuwiderhandlung nur an zeitlich fest bestimmten Momenten verboten ist.

Diese Verschiedenheit des Anspruches auf dauerndes Unterlassen von dem Anspruche auf wiederkehrende und auch

---

6) Zahlreiche Beispiele und gute Uebersicht bei Lehmann, a. a. O. S. 139 ff., vgl. auch Ritter, Die Konkurrenzklausel, DJZ. 1902 S. 349 ff.

von dem Anspruche auf einmalige Unterlassung gibt Anlaß zu dem Gedanken, daß die genannten Ansprüche hinsichtlich der Verjährung keineswegs gleich zu behandeln sind.

Es zeigt sich, daß mit der Zuwiderhandlung gegen den Dauerunterlassungsanspruch dieser nicht wie die anderen beiden Arten der Unterlassungsansprüche ohne weiteres erlischt. Der Dauerunterlassungsanspruch entsteht zugleich mit dem Schuldverhältnis, auf dem er beruht. Seine Eigenart ist aber, daß er teils auf gegenwärtige, teils auf zukünftige Leistung gerichtet ist. Vorwiegend zwar ist er gerichtet auf zukünftiges Unterlassen, es kann aber nicht geleugnet werden, daß er daneben in jedem Zeitpunkte des Vertragsverhältnisses zugleich auf ein in der Gegenwart geschuldetes Unterlassen geht [7]). Wenn er aber unausgesetzt ein „gegenwärtiger" Anspruch ist, so ist er es auch im Zeitpunkte der Zuwiderhandlung, die nach § 198, 2 BGB. den Beginn seines Verjährungslaufes hervorruft. Insoweit ist der Dauerunterlassungsanspruch auch ein fälliger Anspruch und aus diesem Grunde auch sicher verjährbar.

Bedenken hat man aber dagegen erhoben, daß der Dauerunterlassungsanspruch insoweit verjähren könne, als er auf „zukünftiges" Unterlassen gerichtet sei [8]). Insoweit sei der Anspruch noch nicht fällig und damit auch nicht verjährbar. Allein, dem ließe sich entgegenhalten, daß die Fälligkeit des Anspruchs, seine Richtung auf gegenwärtiges Verhalten, nicht dadurch berührt wird, daß dieses Verhalten sich als ein länger andauerndes darstellt [9]).

Richtiger erscheint wir aber noch der Einwand, daß der Begriff der Fälligkeit sich gar nicht ohne weiteres vom positiven auf den negativen Anspruch übertragen läßt. Der Dauerunterlassungsanspruch ist, solange keine Zuwiderhandlung erfolgt, im Zustande eines andauernden Erfüllwer-

---

7) So auch Langheinecken, Anspruch und Einrede S. 248 ff.; Stephan, a. a. O. S. 110; Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 68; auch Oertmann, Komm. Allg. T. Vorbem. A 3b Abs. 2 vor § 194. A. M. Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 351..

8) Vor allem Lehmann, a. a. O. S. 321.

9) So argumentiert Oertmann, a. a. O. § 198 Anm. 2aγ Abs. 2

dens[10]). Tritt eine Zuwiderhandlung ein, so kann Unterlassung gegenwärtig wie zukünftig verlangt werden, und zwar kann auch die zukünftige Unterlassung bereits jetzt, in der Gegenwart verlangt werden. Das beweist auch § 890 ZPO., der die Durchführung dieses Anspruches sichert[11]). Hat sich z. B. jemand verpflichtet, während eines Zeitraumes von 10 Jahren einen bestimmten Firmennamen nicht zu gebrauchen, so kann der Gläubiger in jedem Zeitpunkte der Vertragszeit die Unterlassung der Führung des Namens verlangen, und zwar nicht nur für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft. Führt der Schuldner trotzdem unberechtigterweise den Firmennamen, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen, und bei obsiegendem Urteil auf seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklichen, indem der Schuldner zwangsweise bei Vermeidung einer bestimmten Geldstrafe angehalten wird, jeden weiteren Gebrauch des Firmennamens zu unterlassen (§ 890 ZPO.).

Wenn aber nach der Zuwiderhandlung der Anspruch ein gegenwärtiger, auf zukünftiges Unterlassen gerichteter Anspruch ist, so kann er auch verjähren.

Und zwar einheitlich verjähren! Mit Absicht wurde die Frage eines einheitlichen Daueranspruchs nicht mit der Frage der Fälligkeit dieses Anspruches vermischt. Die Frage

---

10) Langheinecken, a. a. O. S. 250, 251, 176 spricht vom „saturierten" Anspruch. Aus dem Zustande d. dauernden Erfülltseins bis zur Zuwiderhandlung erklärt sich auch die Bestimmung, daß Unterlassungsansprüche „vor" der Zuwiderhandlung nicht verjähren können (vgl. Oertmann, a. a. O. § 198 2a γ).

11) Stephan, a. a. O. S. 110 f. geht dem Einwand Lehmanns, daß der Anspr. auf zukünft. Unterl. kein fälliger Anspruch sei, dadurch aus dem Wege, daß er die Fälligkeit des Anspr. auf gegenwärtige Unterl. zur Verjährung genügen läßt, weil der Unterlassungsanspr. als Ganzes ein einheitlicher sei und somit auch einheitlich verjähren müsse. Das ist aber eine petitio principii. Mit der Annahme eines negativen Gesamtanspr. ist die Frage, ob § 198 Abs. 2 BGB. auf das Erfordernis der Fälligkeit verzichtet habe, nicht beantwortet (Lehmann, a. a. O. S. 323). Eine Lösung dagegen gibt Langheinecken, a. a. O. S. 249, indem er den Anspruch auf zukünftiges Unterlassen als einen „betagten" (also fälligen im Gegensatz zum gehemmten) Anspruch bezeichnet.

„wann" ein Anspruch zu erfüllen sei, hat nichts mit der Frage zu tun, „wie" dieses zu geschehen habe [12]). Die Leistungszeit läßt sich teilen und deshalb könnte auch gesagt werden, daß sich der Dauerunterlassungsanspruch teils auf gegenwärtiges, teils auf zukünftiges Unterlassen richte. Anders aber steht es mit der Dauerunterlassung selbst. Sie ist, solange sie Leistungsgegenstand ist, immer unteilbar und als ein Ganzes, Einheitliches anzusehen, schon deshalb, weil weder Zuwiderhandlung noch Zeitablauf ihren Charakter zu ändern vermögen. Immer gerade dasselbe Unterlassen der bestimmten Handlung ist es, was in jedem Zeitpunkte der Vertragsdauer geschuldet wird. Ein Beispiel möge dies erläutern. Ist ein Schuldner verpflichtet, 30 Jahre lang die Führung eines Firmennamens zu unterlassen, so kann man wohl nach 10 Jahren der Vertragsdauer sagen, daß im Hinblick auf den Zeitablauf ein Anspruch auf Unterlassung des Firmengebrauches für die Gegenwart und ein ebensolcher Anspruch für die restlichen 20 Jahre der Vertragsdauer bestehe. Stellt man aber darauf ab, was denn Gegenstand der Pflicht sei, so ergibt sich, daß der Schuldner verpflichtet ist, den betr. Firmennamen während einer gewissen Zeit nicht zu gebrauchen. Diese Leistung aber ist in jedem Zeitpunkte der Vertragsdauer dieselbe. Immer wird Unterlassung des Firmengebrauchs geschuldet, ohne daß der Zeitablauf irgendwelchen Einfluß auf die Einheitlichkeit der Leistung hätte. Ist aber die Leistung einheitlich, so muß auch der Anspruch, der auf ein solches Dauerunterlassen gerichtet ist, ein einheitlicher sein. Den Anspruch in „unendlich viele, unendlich kleine Unterlassungsdifferenziale" aufzulösen [13]), dürfte keinerlei Berechtigung haben. Eine solche „Auflösung" würde auch dem Willen der vertragschließenden Parteien, die sicher nur die Unterlassung als einheitlichen Begriff im Auge gehabt haben, widersprechen. Daß nach dieser Feststellung auch noch letztens die Konsequenz, daß einem einheitlichen An-

12) In der Literatur über die Verjährung von Dauerunterlassungsansprüchen wird diese Scheidung kaum beachtet. Die nachfolgenden Ausführungen gründen sich auf die Darlegungen von Ulrich, Unterlassungsanspruch, Diss. S. 37 f., der allerdings in ganz anderem Zusammenhange zu dieser Frage Stellung nimmt.

13) Ausdruck von Langheinecken, a. a. O. S. 248.

spruch eine einheitliche Verjährung entspreche, gezogen wird, kann nur logisch erscheinen [14]).

Die Verjährung von Dauerunterlassungsansprüchen bietet noch zu weiteren Zweifeln Anlaß.

Bedeutungslos erscheint der rein theoretische Streit, ob § 198 Abs. 2 BGB. eine Ausnahme vom Prinzip des § 198 Abs. 1 darstellt. Dieser Streit läuft auf die Frage hinaus, ob der Unterlassungsanspruch bereits vor der Zuwiderhandlung oder erst mit der Rechtsverletzung entsteht. Das Richtigere wird es sein, den Unterlassungsanspruch als schon vor der Zuwiderhandlung entstanden anzusehen, da § 198 Abs. 2 sonst eine völlig überflüssige Wiederholung des § 198 Abs. 1 wäre. Auch § 194 BGB. läßt darauf schließen, daß sogleich mit dem Recht auf Unterlassen auch ein Anspruch vorhanden ist. Die verschiedenartige Regelung des Verjährungsbeginns beruht darauf, daß der negative Anspruch bis zur Zuwiderhandlung befriedigt und somit noch nicht klagbar ist [15]).

---

14) Zu diesem Resultate gelangen, wenn auch auf verschiedenen Wegen, Langheinecken, a. a. O. S. 249; Stephan, a. a. O. S. 111; Oertmann a. a. O. S. 198 2a γ; v. Gierke, Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 64 S. 360 f.; Planck, Komm. Allg. T. 4. Aufl. § 198 Anm. 2; Lehmann, a. a. O. S. 322 bestreitet nicht die Möglichkeit eines einheitlichen, negativen Daueranspruchs (vgl. ihn auch a. a. O. S. 60/61), hält aber aus anderen, noch zu erörternden Gründen, Unterlassungsansprüche für unverjährbar.

15) So auch die meisten: Enneccerus, Allg. Teil § 203 I 2; Oertmann, a. a. O. Vorbem. zu § 194 A 3b Abs. 2; Langheinecken, a. a. O. S. 250; Planck, a. a. O. Vorb. zu § 198; Rogowski, Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten, Leipzig. Diss. 1907 S. 74; A. M. vor allem die ältere Theorie, die auf der gemeinrechtlichen Rechtsverletzungstheorie fußt. Vgl. Haensell, Die Besonderh. d. Unterl. obl. Jena, Diss. 1903 S. 27; Fischer, Recht und Rechtschutz S. 79; Hölder, Komm. Allg. T. § 198 Anm. 2a. Fürs gemeine Recht: Kohler in Grünhuts Ztschr. Bd. 14 S. 9; Regelsberger, Pandekten § 52. (Weiter auch Gerlach, Erläut. d. § 198, Jena, Diss. 1904 S. 24; Zachariae, Beginn d. Anspr.-Verjährung Jena, Diss. 1910 S. 29; Limann, Beginn d. Anspr.-Verjährg., Diss. Jena 1912 S. 17). Gerade umgekehrt nennt Henle, Lehrb. Allg. T. § 53 I 1 die Rechtsverletzung eine Ver-

Weit wichtiger und schwerwiegender ist der Einwand, § 198 Abs. 2 wolle gar nicht den Unterlassungsanspruch selbst, sondern den durch die Zuwiderhandlung entstandenen Ersatzanspruch treffen. Dieser Ersatzanspruch sei positiver Natur und beginne gemäß § 198 Abs. 1 mit seiner Entstehung, die im Zeitpunkte der Zuwiderhandlung liege, zu verjähren [16]). Diese Ansicht muß aber als willkürlich bezeichnet werden, denn § 198 Abs. 2 spricht vom Unterlassungsanspruch und erwähnt den positiven Ersatzanspruch mit keinem Worte.

Die Verjährung von Dauerunterlassungsansprüchen beginnt mit der ersten Zuwiderhandlung zu laufen, denn § 198 Abs. 2 redet schlechthin von „der Zuwiderhandlung". Gegen diese Konsequenz sind Bedenken erhoben worden und z. T. auch von denjenigen, die grundsätzlich die Verjährbarkeit von Dauerunterlassungsansprüchen anerkennen. Eine Klage auf Unterlassung sei doch erst möglich, wenn die Zuwiderhandlung auf die Gefahr der Wiederholung solcher Vertragsverletzungen schließen lasse. Wenn nun zwar eine einmalige Zuwiderhandlung gegeben sei, nicht aber die Gefahr ihrer Wiederholung, so ergebe sich das seltsame Resultat, daß der Unterlassungsanspruch verjähre in einer Zeit, in der die Anstellung einer Klage auf Unterlassung überhaupt noch nicht möglich sei. Diese unliebsame Konsequenz müsse man durch „geeignete Gesetzesinterpretation" aus dem Wege räumen. Man müsse daran denken, daß nach anerkannter Lehre Unterlassungsklage nur bei Wiederholungsgefahr gegeben sei, auch in den Fällen, in denen das Gesetz dies Erfordernis nicht erwähnt (z. B. § 37 HGB. und im Gesetz über unlauteren Wettbewerb). Dies Erfordernis brauche man ja nur auf die Vorschrift des § 198 Abs. 2 BGB. zu übertragen. Das Gesetz halte es auch hier für selbstverständlich, daß der Unter-

---

jährungsvoraussetzung. Nach ihm enthält also § 198 Abs. 2 das Prinzip. Auf jeden Fall ist der Streit aber bedeutungslos, weil nach jeder von diesen Ansichten der Verjährungslauf mit der Zuwiderhandlung beginnt (Reichsgerichtsräte-Komm. 6. Aufl Bd. I § 198 Anm. 3).

16) Klar ausgesprochen bei Staudinger, Komm. Allg. T. 9. Aufl. (bearb. von Riezler) § 198 Anm. 3c. Vgl. auch Lehmann, a. a. O. S. 322.

lassungsanspruch im Einklang mit der Idee der Verjährung zu verjähren beginne, wenn der Berechtigte in der Lage sei, Klage auf Unterlassung zu erheben [17]).

Aber solche „geeignete Gesetzesinterpretation" erscheint zum mindesten etwas gekünstelt, ist aber zudem auch überflüssig. Es kann nicht anerkannt werden, daß jeder Unterlassungsanspruch nur dann einklagbar sei, wenn die Gefahr einer erneuten Verletzung gegeben ist. Die gegnerische Behauptung mag richtig sein für die genannten durch „Gesetz" geschaffenen Unterlassungsansprüche. Was aber sollte dazu zwingen, die klagweise Geltendmachung eines „vertraglichen" Dauerunterlassungsanspruches von der Gefahr einer Zuwiderhandlung abhängig zu machen? Jede Zuwiderhandlung ist Vertragsverletzung und gibt somit dem Berechtigten Anlaß zur Klage, zur gerichtlichen Erzwingung der Unterlassungspflicht (§ 890 ZPO.). Man darf eben nicht die Unterschiede zwischen vertraglichen und gesetzlichen Dauerunterlassungsansprüchen übersehen [18]).

Ebensowenig kann anerkannt werden, daß der Dauerunterlassungsanspruch nur dann verjähre, wenn die Zuwiderhandlung während der ganzen Verjährungszeit angedauert habe [19]). An einer Begründung für diese jedenfalls im Ge-

---

17) So vor allem Stephan, a. a. O. S. 113 f., der auf diese Weise den Einwand Lehmanns, a. a. O. S. 323 entkräften will... Wie Stephan auch Oertmann, a. a. O. § 198 Anm. 2a (der Unterlassungsanspruch als klagbarer einheitlicher Anspruch kann nur durch dauernde oder doch mit Rücksicht auf Dauer oder Wiederholung angelegte Zuwiderhandlung verletzt werden).

18) So auch Langheinecken, a. a. O. S. 255 f., der als Einziger einmalige Zuwiderhandlung schlechthin genügen läßt. Irgendeine Begründung für seine Ansicht fehlt allerdings. Jetzt erkennt auch Lehmann, Unterl. u. Unterl.-Klage im Handw. b. d. R.wiss. von Stier-Somlo u. Elster VI. Bd. S. 247 an, daß Unterlassungsklage zum Schutze eines negativen Forderungsrechtes sogar schon vor der Rechtsverletzung angestrengt werden könne. Als herrsch. Meinung, wie Lehmann es tut, wird man diese Ansicht wohl nicht bezeichnen können. Die Bedeutung dieser Frage für die Verjährung von Unterlassungsanspr. erörtert Lehmann an dieser Stelle nicht.

19) So Hölder in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 46 S. 301 f. In seinem Komm. Allg. T. § 198 Anm. 2d und im

setz nicht aufzufindende Erschwerung der Verjährung von Unterlassungsansprüchen fehlt jedoch. Sie muß deshalb als willkürlich abgelehnt werden.

Am wichtigsten ist natürlich die Frage, ob die Lösung, daß Dauerunterlassungsansprüche sofort mit der ersten Zuwiderhandlung zu verjähren beginnen, ein praktisch unbefriedigendes Ergebnis darstellt[20]). Muß es nicht ungerecht erscheinen, daß der Schuldner nach Ablauf der Verjährungszeit dem Gläubiger die Unterlassung verweigern (also zuwiderhandeln) darf, wenn er nur einmal seiner Pflicht zuwiderhandelt, darauf aber sich vielleicht 30 Jahre lang pflichtmäßig jeder Verletzung enthalten hat? Gewiß können sich auch hier, wie bei jeder gesetzlichen Regelung, Unbilligkeiten herausstellen, so besonders, wenn es sich nur objektiv rechtswidrige Zuwiderhandlung handelt[21]). Doch wird in vielen Fällen in dem Unterlassen weiterer Zuwiderhandlungen eine Anerkennung des Unterlassungsanspruches i. S. des § 208 BGB. liegen, durch die der Verjährungslauf unterbrochen wird[22]). Im übrigen aber hat die Verjährung von Unterlassungsansprüchen genau dieselbe Berechtigung wie die Verjährung von positiven Ansprüchen. Ein Unterlassungsberechtigter, der nach der Zuwiderhandlung nichts zum Schutze der ihm vertraglich gewährten Rechte unternimmt, muß es sich nach Ablauf der Verjährungsfrist gefallen lassen, daß der Schuldner ihm die Leistung verweigert. Daß für die Verjährung von Unterlassungsansprüchen ein Bedürfnis ebenso wie bei positiven Ansprüchen besteht, erkennt übrigens auch die Gegenseite an[23]).

Gegenstand der Judikatur ist die Verjährung der ver-

Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 41 verneint Hölder die Verjährbarkeit dieser Ansprüche überhaupt (vgl. gegen ihn auch Lehmann, a. a. O. S. 324).

20) Dieser Vorwurf wird von Lehmann, a. a. O. erhoben, vgl. auch Hölder, a. a. O.

21) Auch eine solche nicht schuldhafte Zuwiderhandlung setzt die Verjährung in Lauf, da § 198 Abs. 2 nichts Gegenteiliges bestimmt (unbestr.).

22) Vgl. Stephan, a. a. O. S. 115; Langheinecken, a. a. O. S. 256.

23) Lehmann, a. a. O. S. 324/325.

traglichen negativen Ansprüche noch nicht gewesen. Das mag aber vor allem auf der langen 30jährigen Verjährungszeit beruhen. Jedenfalls ist es durchaus denkbar, daß auch der Fall der Verjährung vertraglicher Unterlassungsansprüche praktisch werden kann, und zwar dann, wenn es sich um langdauernde Verträge handelt, die auf Lebenszeit oder gar ohne zeitliche Begrenzung zum Unterlassen verpflichten.

2. Die kombinierte Unterlassungspflicht.

Kombinierte Unterlassungspflichten sind selbständige Nebenpflichten, die mit einem in erster Linie auf positive Leistung gerichteten Schuldverhältnis verknüpft sind [24]).

Oft gibt das Gesetz selbst Beispiele solcher kombinierten Unterlassungspflichten. Es bestimmt unter den verschiedensten Wendungen („nicht dürfen" [§§ 583, 603, 664 BGB.], „nicht berechtigt sein" [§ 691], „unterlassen" [§ 550, 581 BGB.]), daß während des Bestehens gewisser Vertragsverhältnisse bestimmte Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen [25]).

Auch vertraglich können solche kombinierte Unterlassungspflichten ausbedungen werden. Häufig werden solche Vereinbarungen allerdings nicht sein, da das Gesetz schon selbst bei den Schuldverhältnissen, bei denen ein Bedürfnis vorlag, kombinierte Unterlassungspflichten geschaffen hat.

Diese Unterlassungspflicht hat eine wichtige Eigenschaft. Sie ist zwar sekundär der positiven Leistungspflicht gegenüber, aber doch selbständig klagbar. So spricht z. B. das Gesetz im § 550 BGB. ganz klar aus: „Bei vertragswidrigem Gebrauch der Sache usw. kann der Vermieter auf Unter-

---

24) Staudinger, Komm. R. d. Schuldverh. 1. Abt. 5. Aufl. § 241 Anm. 5b; Oertmann, Komm. R. d. Schuldverh. 1. Abt. 5. Aufl. S. 241 Anm. 1b; Ulrich, a. a. O. S. 11 S. 26 ff.; Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 6; Lehmann, Unterl.-Pflicht S. 11 f. S. 91 S. 171 ff. (Lehmann vermeidet den Ausdruck „kombinierte Unterlassungspflicht", vgl. aber jetzt im Handw. b. d. R.wiss. VI. Bd. S. 245.)

25) Eine vollständige Aufzählung der einzelnen Fälle der komb. Unterlassungspflicht liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Vgl. über die Streitpunkte die Darstellungen bei Ulrich, a. a. O. S. 27; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 91.

lassung klagen". In den anderen Fällen ist das Gesetz nicht ganz so eindeutig, aber auch hier darf man unbestrittenermaßen einen selbständigen im Klagewege durchsetzbaren Anspruch annehmen. Wenn der in der kombinierten Unterlassungspflicht enthaltene Unterlassungsanspruch aber selbständig im Klagewege durchgesetzt werden kann, so muß er auch wohl selbständig verjähren können.

Allerdings kann der kombinierte Unterlassungsanspruch nur solange einen Sinn haben, als der Hauptvertrag, dem er dient, noch besteht. Ist also beispielsweise ein Mietsverhältnis aufgelöst, so ist der Anspruch des Vermieters auf Unterlassung eines vertragswidrigen Gebrauchs hinfällig, denn jetzt mag der Vermieter den Anspruch auf Rückgabe der Mietssache geltend machen. Der Anspruch aus § 550 BGB. ist nur solange gewährt, als das Mietsverhältnis besteht.

Denkbar bleibt allerdings die Verjährung eines kombinierten Unterlassungsanspruches:

einmal, wenn das Hauptschuldverhältnis noch 30 Jahre nach der Zuwiderhandlung gegen den kombinierten Unterlassungsanspruch besteht,

zweitens auch bei zeitlich nicht so ausgedehnten Verträgen, wenn für die Verjährung der aus dem Vertrage entspringenden Ansprüche eine kürzere Verjährungszeit vereinbart worden ist (§ 225 BGB.). In diesen Fällen würde kombinierte genau wie der primäre Daueranspruch mit der ersten Zuwiderhandlung nach der Regel des § 198 Abs. 2 BGB. zu verjähren beginnen.

Der kombinierte Anspruch ist im allgemeinen nur als Daueranspruch denkbar. Soweit jedoch die Parteien ein einmaliges oder wiederkehrendes Unterlassen als Nebenpflicht vereinbart haben, würden die bei den primären einmaligen und wiederkehrenden Unterlassungsansprüchen gewonnenen Regeln zu verwenden sein. Solchen kombinierten Unterlassungsansprüchen könnte also wegen ihrer Unnachholbarkeit keine Verjährung laufen (vgl. oben, S. 11 ff).

Bisher ist der kombinierte Unterlassungsanspruch in der Literatur noch nicht auf seine Verjährbarkeit hin geprüft worden. Jedoch müßten diejenigen, die die Verjährbarkeit des primären Daueranspruchs bejahen, konsequenterweise dies auch im vorliegenden Falle tun.

3. Die sekundäre Unterlassungspflicht.

Wer sich vertraglich zu einer positiven Leistung verpflichtet, übernimmt damit, ohne daß es noch einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfte, die Pflicht, alles zu unterlassen, was die Erfüllung dieser Leistung unmöglich machen würde. Aber diese Pflicht hat keinen selbständigen negativen Inhalt, sie ist vielmehr nur der nach der negativen Seite hin ausgedachte Leistungsinhalt [26]). So ist es beispielsweise mit dem Wesen eines Arbeitsvertrages unvereinbar, daß ein Handlungsgehilfe zugleich einem anderen Prinzipal noch Dienste leistet, denn dadurch verstößt der Gehilfe gegen die Dienstpflicht, die er seinem ersten Prinzipal schuldet. Aber der erste Prinzipal hat gegen den Gehilfen nur einen positiven Anspruch auf Erfüllung der Dienstpflicht, nicht aber einen selbständigen Anspruch auf Unterlassung der Dienstleistung an den anderen Prinzipal. Diese Unterlassung ist nur ein negativer Ausdruck dessen, was schon auf Grund des Dienstvertrages positiv geschuldet wird [27]).

Ein selbständiger Unterlassungsanspruch kann somit einer solchen sekundären Pflicht nicht entspringen, denn diese Pflicht hat ja keinerlei selbständigen Inhalt. Sie kann deshalb nicht im Klagewege geltend gemacht werden [28]) und, da ein eigentlicher Unterlassungsanspruch gar nicht vorhanden ist, auch keinen der Verjährung unterliegenden Anspruch erzeugen.

Eine nähere Erläuterung der sekundären Unterlassungspflicht ist somit im Rahmen dieser Arbeit ohne Interesse.

---

26) Ausdruck von Lehmann, a. a. O. S. 167. Vgl. weiter Ulrich, a. a. O. S. 11 ff. S. 28; Staudinger, Komm. R. d. Schuldverh. 1. Teil 9. Aufl. § 241 Anm. 5c; Oertmann, Komm. A. d. Schuldverh. 1. Abt. 5. Aufl. § 241 Anm. 2c; Enneccerus-Lehmann, Lehrb. R. d. Schuldverh. § 4 I a. E.

27) So RGZ. 72, 393 ff.

28) So auch RGZ. 72 S. 393 ff.; Ulrich, a. a. O.; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. A. M. Oertmann, a. a. O., auch Jacobsohn, Unterlassungskl. S. 22 ff. Es kann auf die überzeugenden Ausführungen Ulrichs, a. a. O. verwiesen werden.

B. Der absolute Unterlassungsanspruch und seine Verjährung.

Absolute Rechte sind Rechte, die eine ausschließliche Herrschaft über einen Gegenstand verleihen. Im Gegensatz zum relativen Rechte haben sie Wirkung nicht nur einer bestimmten Person, sondern jedermann gegenüber. Wird ein solches Recht beeinträchtigt, so kann der Berechtigte solche Störungen verbieten, er hat einen Anspruch auf Unterlassung [29]). Unrichtig wäre es aber, das absolute Recht in eine unbegrenzte Vielheit von Unterlassungsansprüchen aufzulösen, so daß schon mit der Existenz dieses Rechtes eine Beziehung des Berechtigten zu jedermann gegeben wäre [30]). Eine solche Ansicht steht im Widerspruch zum Wortlaut des § 194 BGB., der als Anspruchsgegner „einen anderen", nicht aber „jedermann" bezeichnet.

Aus absoluten Rechten entspringt ein Anspruch also erst mit der Verletzung dieses Rechts.

Der Kreis der absoluten Rechte ist vom Gesetz umgrenzt. Durch Parteiwillen können solche Rechte nicht geschaffen werden. Um die Fälle des absoluten Unterlassungsanspruches klarzulegen, ist somit eine Aufzählung der vom Gesetz geschaffenen absoluten Rechte nötig.

Drei Gruppen lassen sich scheiden:

1. dingliche Rechte, d. h. Rechte an körperlichen Sachen, z. B. Eigentum, Pfandrecht,

2. sog. Persönlichkeitsrechte, z. B. Namensrecht (§ 12 BGB.), Recht am eigenen Bild usw.,

3. Immaterialgüterrechte, die Herrschaft über ein geistiges Gut verleihen, z. B. Urheber-, Patent-Recht, Warenzeichen, Gebrauchs- und Geschmacksmuster-Recht [31]).

Zweifelhaft erscheint, ob die Unterlassungsansprüche aus dem Gesetz über den unerlaubten Wettbewerb vom 7. Juni

---

29) Herrsch. M. vgl. Enneccerus, Lehrb. Allg. T. § 203 I 1; Stephan S. 92 u. a.

30) Diese Ansicht wird von Lehmann, a. a. O. S. 107 ff., der auf Windscheid fußt, vertreten. Gegen ihn mit Recht Stephan, a. a. O., und die dort Zitierten.

31) Vgl. Stephan, a. a. O. S. 90; Lehmann, a. a. O. S. 128; Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 107/108.

1909 (§ 1, 3, 13, 14, 16) einem absoluten Rechte, etwa dem Rechte auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, entstammen, oder ob sie auf deliktischer Grundlage beruhen. Man wird das erstere anzunehmen haben, da das Recht am bestehenden Unternehmen, wenn man es überhaupt anerkennen will, sich nur als ein Ausschlußrecht, das die gewerbliche Betätigung schützt, konstruieren läßt[32]). Doch kann die reine Konstruktionsfrage dahingestellt bleiben, da das Wettbewerbsgesetz die einzelnen Arten der Unterlassungsansprüche und, was in diesem Rahmen von besonderer Bedeutung ist, auch ihre Verjährung (§ 21 WettbewGes.) genau normiert hat.

Mit der Verletzung dieser absoluten Rechte entsteht ein Unterlassungsanspruch, der auf seine Verjährbarkeit hin zu untersuchen sein wird. Vereinfacht wird diese Untersuchung insofern, als der aus absolutem Rechte entspringende Anspruch von dem Störer „dauernde" Unterlassung von Zuwiderhandlungen verlangt. Absolute Ansprüche auf einmaliges oder wiederkehrendes Unterlassen können als begrifflich unmöglich von der Darstellung ausgeschlossen bleiben.

Die Verjährbarkeit von Dauerunterlassungsansprüchen ist schon bei der Prüfung der Verjährung von obligatorischen Dauerunterlassungsansprüchen grundsätzlich bejaht worden.

Bezweifelt aber kann werden, ob die Verjährung von absoluten Unterlassungsansprüchen schon mit der ersten Zuwiderhandlung zu laufen beginne. Der Wortlaut des § 198 Abs. 2 BGB. läßt offen, ob mit der Zuwiderhandlung die Verletzung des absoluten Rechts oder die Verletzung des aus dieser Zuwiderhandlung entstandenen absoluten Unterlassungsanspruches gemeint ist.

---

32) So auch Enneccerus-Lehmann, R. d. Schuldverhältnisse § 228 Anm. 8 und das Reichsgericht in den dort zitierten Entscheidungen, auch Oertmann, Komm. R. d. Schuldverh. 2. Abt. 5. Aufl. § 823 3b; Rosenthal, Unterl.-Klage S. 35. A. M. vor allem Planck, Komm. R. d. Schuldverhältnisse, bes. Teil § 823 Anm. II 1 f. γ, der aber den eingerichteten Gewerbebetrieb nicht einmal als subjektives Recht anerkennt. Lehmann, a. a. O. S. 121 bemerkt mit Recht, daß das Wettbewerbsgesetz eine klare Stellung zu dem Rechtscharakter der geschützten gewerblichen Position nicht genommen habe.

In der Theorie hat nur die erstere Ansicht Anhänger gefunden, teils mit der Begründung, daß § 198 Abs. 2 für absolute Ansprüche eine Selbstverständlichkeit bedeute, da vor der Zuwiderhandlung überhaupt noch kein Anspruch vorhanden sei[33]), teils mit der Begründung, daß § 198 Abs. 2 nur relative Ansprüche im Auge habe[34]).

Doch sind beide Erklärungen unzulänglich, da sie bei näherem Zusehen nur Behauptungen *a priori*, aber keine begründeten Ansichten darstellen.

Die erstere Meinung, die die Bestimmung des § 198 Abs. 2 BGB. als selbstverständlich ansieht, geht wohl von der Anschauung aus, daß mit der Zuwiderhandlung gegen das absolute Recht ein Unterlassungsanspruch erst entsteht, und, da Zuwiderhandlung und Entstehung zusammenfallen, dieser Unterlassungsanspruch gemäß § 198 Abs. 1 BGB. mit der Entstehung zu verjähren beginnt[35]). Diese Schlußfolgerung ist aber unrichtig, da übersehen wird, daß § 198 Abs. 2 sagt, bei Unterlassungsansprüchen beginne die Verjährung mit der „Zuwiderhandlung". Jene Ansicht fingiert aber, als ob im Gesetz stände: Bei Unterlassungsansprüchen beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung gegen das Recht, dem der Anspruch entfließt. Jedoch erwähnt der § 198 Abs. 2 nur den Anspruch, nicht auch das Recht und kann in dem fraglichen Zusammenhange nur die Zuwiderhandlung gegen den Anspruch auf Unterlassen meinen.

Haltbarer wäre schon die letztere Ansicht, die zwar die Bedeutung des § 198 Abs. 2 erkennt, aber die Geltung

---

33) So v. Tuhr, Allg. T. Bd. II § 91 IV (S. 512); Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 92 S. 24.

34) So Planck, Komm. Allg. T. § 198 Anm. 2; Leonhard, Allg. T. § 63 II; Stephan, a. a. O. S. 100; Hölder, Komm. Allg. T. § 198 Anm. 2c. A. M. Staudinger, Komm. Allg. T. § 198 Anm. 4; Reichsgerichtsrätekomm. 6. Aufl. Bd. 1 § 198 Anm. 3.

35) Dieser Gedanke findet sich vielfach in Dissertationen, z. B. Zachariae, Der Beginn d. Anspruchsverjährung usw. Diss. Jena 1910 S. 29; Limann, Der Beginn d. Anspruchsverjährung usw. Diss. Jena 1912 S. 19; Gerlach, Erläuterung des § 198 BGB. usw. Diss. Jena 1904 S. 26; Freundlich, Der Beginn d. Anspruchsverjährung usw. Diss. Breslau S. 36.

dieser Vorschrift auf relative Unterlassungsansprüche beschränkt wissen will. Zur Begründung dieser Behauptung finden sich in der Literatur keinerlei Ausführungen [36]). Eine Begründung erscheint aber um so nötiger, als aus dem Wortlaute des § 198 Abs. 2 nicht hervorgeht, daß diese Vorschrift für die absoluten Ansprüche nicht gelten solle. In der Tat zeigt sich, daß eine solche Begründung durchaus möglich ist. Wollte man die Herrschaft des § 198 Abs. 2 auch auf die absoluten Ansprüche ausdehnen, so würde man zu unmöglichen Resultaten kommen, wie folgende Erwägungen zeigen:

Wenn man den absoluten Unterlassungsanspruch in den Geltungsbereich des § 198 Abs. 2 einbeziehen wollte, so wäre zum Beginn der Verjährung eine nochmalige Zuwiderhandlung gegen den durch die erste Zuwiderhandlung entstandenen Unterlassungsanspruch nötig. Diese zweite Zuwiderhandlung gegen den Anspruch ist nun zugleich wieder eine Verletzung des absoluten Rechtes, die einen zweiten Unterlassungsanspruch erzeugt. Dieser zweite Anspruch könnte nur bei einer Zuwiderhandlung, (der dritten Zuwiderhandlung gegen das Recht) verjähren. Zugleich entsteht wieder ein neuer Anspruch usw. bis ins Unendliche, so daß praktisch absolute Unterlassungsansprüche niemals verjähren könnten. Daß aber die Verjährung dieser Ansprüche möglich sein muß, zeigt § 901 BGB. [37]) und, sofern man die Unterlassungsansprüche des Wettbewerbsgesetzes als absolute ansieht, auch § 21 WettbewGes. § 901 BGB. bestimmt, daß unter gewissen Voraussetzungen das Recht an einem fremden Grundstück erlischt, „wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist". Zu diesen Ansprüchen zählt in erster Linie auch der Unterlassungsanspruch. Es erscheint willkürlich, nur den Anspruch auf Beseitigung der Störung

36) Planck, a. a. O.; Leonhard, a. a. O. begnügen sich mit der bloßen Erklärung, daß § 198 Abs. 2 nicht für absolute Unterlassungsansprüche gelte und Stephan, a. a. O. erklärt, daß Planck mit dieser Ansicht recht habe. Hölder, a. a. O. kommt konsequent zu dieser Folgerung, da nach seiner Ansicht ein dinglicher Anspruch niemals auf das Unterlassen selbst gerichtet sein kann.

37) So auch mit Recht Langheinecken, a. a. O. S. 256; Stephan, a. a. O. S. 115.

unter dem Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verstehen zu wollen. Das Gesetz weiß von dieser Beschränkung nichts [38]). Wenn nun das Gesetz auf der einen Seite die Möglichkeit schafft, daß durch Verjährung des Unterlassungsanspruches ein Grundstücksrecht erlischt, so muß es auf der anderen Seite auch anerkennen, daß dingliche Unterlassungsansprüche überhaupt verjähren können. Sonst würde dem Gesetzgeber der Vorwurf gemacht werden müssen, daß er inhaltlich leere Bestimmungen geschaffen habe. Eine Verjährbarkeit von absoluten Ansprüchen auf Unterlassung ist wiederum nur denkbar, wenn der Verjährungslauf schon mit der Anspruchsentstehung, also der Zuwiderhandlung gegen das absolute Recht beginnt. Absolute negative Ansprüche müssen aus diesem Grunde nach dem Prinzip des § 198 Abs. 1 mit der Entstehung zu verjähren beginnen. Eine Bestätigung dieser Ansicht ist in § 21 WettbewGes. enthalten, welche Vorschrift ausdrücklich die Verjährbarkeit der absoluten Unterlassungsansprüche aus dem Wettbewerbsgesetz anerkennt. Stichhaltig ist diese letztere Begründung, wie betont werden mag, allerdings nur dann, wenn man diese Ansprüche als absolute ansieht, was m. E. das Richtige ist [39]).

Die Unterlassungsansprüche aus unlauterem Wettbewerb spielen im täglichen Leben eine große Rolle. Sie sollen aus diesem Grunde einer näheren Prüfung unterzogen werden. Die §§ 1, 3, 13, 14, 16 des Wettbewerbsgesetzes bestimmen, daß Unterlassung bestimmter wettbewerbswidriger Handlungen verlangt werden könne. Die Verjährung dieser Ansprüche regelt § 21 des Gesetzes, nach dessen Wortlaut die Verjährungsfrist von sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Handlung und der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt, zu laufen beginnt. Trotz dieses klaren Wortlauts glauben Rechtsprechung und Lehre, praktisch die Verjährbarkeit der wettbewerblichen Unterlassungsansprüche verneinen zu müssen. Die Begründungen für diese m. E. unrichtige Ansicht sind verschiedene:

1. In einer früheren Entscheidung erklärte das Reichs-

38) A. M. Lehmann, a. a. O. S. 325.

39) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 228 Anm. 8; Rosenthal, Unterlassungsklage S. 34.

gericht[40]), daß mit jedem unerlaubten Akte des Gebrauchs eines Firmennamens ein neuer Unterlassungsanspruch entstehe und damit auch der Lauf der also neuen Verjährung beginne. Praktisch können nach dieser Ansicht, wenn die Zuwiderhandlung bis zur Klage fortdauert, zumindestens alle sechs Monate vor Klagerhebung entstandenen Ansprüche noch nicht verjährt sein, da ja fortlaufend, auch noch während des Schwebens des Prozesses, neue Ansprüche entstehen[41]). Gegen diese Entscheidung läßt sich aber einwenden, daß neue Unterlassungsansprüche entstehen, wenn es sich wirklich um neue Zuwiderhandlungen handelt. In dem Falle, der dem RG. zur Entscheidung vorlag, hatte jedoch nur eine fortgesetzte Handlung stattgefunden, indem die Beklagte unerlaubterweise den Namen der klägerischen Firma fortlaufend gebrauchte (§ 16 WettbewGes.). Es war somit nur *ein* Unterlassungsanspruch entstanden, da auch nur eine einheitliche, wenn auch länger andauernde, Zuwiderhandlung stattgefunden hatte[42]).

2. Doch bleibt die Frage bestehen, ob denn bei „fortgesetzter Zuwiderhandlung" von einer Verjährung der Unterlassungsansprüche geredet werden könne. Auch diese Frage wird in Praxis und Rechtsprechung verneint, die somit, wenn auch auf anderem Wege, zum selben Ziele wie die eben genannte Reichsgerichtsentscheidung kommen. Als Grund wird angeführt, daß die Verjährung in diesem Falle erst mit dem Abschluß der fortgesetzten Zuwiderhandlung beginne, mithin bei einer bis zur Klagerhebung durchgeführten Verletzung die Einrede der Verjährung unanwendbar sei[43]). Diese Begründung kann nicht als stichhaltig anerkannt werden.

---

40) RGZ. 80, 436 (vgl. auch die Entscheidung der Vorinstanz in Bd. 25 S. 365/366 der Rechtsprechung der OLG., herausg. von Mugdan u. Falckmann).

41) Gebilligt wird die RG.-Ansicht vom *Reichsgerichtsrätekomm.* § 198 Anm. 2; *Warneyer*, Komm. BGB. 1. Aufl. Bd. 1 § 198 Anm. III.

42) So auch *Rosenthal* in Leipz. Ztschr. 1918 S. 677.

43) So zuerst *Rosenthal*, a. a. O. Ihm folgt jetzt auch das RG. s. neuestens RG. in Jur. Woch. 1930 S. 1694 ff., in Dt. Jur. Ztg. 1930 S. 898, ferner RG. in Gruch. Beitr. z. Erl. d. dt. R. Neue Folge 8. Jahrg. S. 291 ff. (Urt. v. 25. Juni 1929).

Ein Beispiel aus dem Gebiete der positiven Ansprüche möge dies beweisen. A entzieht dem B das Eigentum an einer Sache. B erlangt einen Anspruch auf Herausgabe (§ 985 BGB., rei vindicatio). Wenn A nun die Sache dreißig Jahre lang rechtswidrig in Besitz gehabt hat, so ist der Anspruch des B gegen A verjährt. Niemand hat dies bisher bestritten. Oder wollte man behaupten, der Anspruch des B sei nicht verjährt, da A doch in fortgesetzter Handlung, die auf einheitlichem Entschlusse beruht, dem B das Eigentum vorenthalten habe? Die Verjährung beginne erst mit Abschluß der Zuwiderhandlung gegen das dingliche Recht zu laufen? Wie gesagt, niemand hat bisher gewagt, eine solche Behauptung aufzustellen.

Genau so liegt aber der Fall bei dem Unterlassungsanspruch[44]). Die einheitliche fortgesetzte Handlung schafft sofort einen Unterlassungsanspruch, der mit dem Beginn der Zuwiderhandlung zu verjähren beginnt[45]). Diese sog. fortgesetzte Handlung ist eben nichts weiter als das Verharren in dem durch die Zuwiderhandlung geschaffenen Zustand, (Beispiel: Die Weiterführung eines fremden Firmennamens, den man sich durch die erste Zuwiderhandlung angeeignet hat).

Der Streit könnte vielleicht auf sich beruhen bleiben, wenn sich nicht gerade bei den wettbewerblichen Unterlassungsansprüchen das dringende Bedürfnis, ihre Geltendmachung zeitlich zu beschränken, sehr stark fühlbar gemacht hätte. Das Reichsgericht hat sich geholfen, indem es zwar

Vgl. weiter Rosenthal, Unterlassungsklage S. 68—71 und derſ. Komm. WettbewGeſ. 8. Aufl. § 21 Note 3a, 10.

44) Als einziger vertritt diese, m. E. richtige Ansicht, v. Tuhr, Allg. T. II. Bd. II. Hälfte § 91 IV Anm. 39, ohne allerdings die Frage eingehend zu erörtern.

45) Rosenthal, Unterlassungsklage S. 68 meint freilich, der Unterlassungsanspruch sei entstanden, sobald die Zuwiderhandlung in Vollendung vorliegt. Dann hätte also bei Beginn der unberechtigten Führung eines Firmennamens durch einen Dritten der Verletzte überhaupt noch keinen Anspruch auf Unterlassung? Wäre dies richtig, so müßte doch der Verletzte mit der Geltendmachung seines Unterlassungsanspr. so lange warten, bis es dem Verletzer beliebt, die Zuwiderhandlung zu unterlassen. Das kann unmöglich richtig sein.

an der bei fortgesetztem Tun unmöglichen Verjährung festhielt, aber dafür das Institut der Verwirkung von Unterlassungsansprüchen einführte[46]). Die Rechtsfolgen der Verwirkung seien an einem Beispiel erläutert: Der Name der klägerischen Firma ist 1875 ins Handelsregister eingetragen. ebenso der fast gleichlautende Name der beklagten Firma im Jahre 1904. Bekl. gebrauchte den Namen ungestört 15 Jahre lang, trotzdem Verwechslungsgefahr bestand (§ 16 Wettbew.-Ges.). Das OLG. gibt der Klage auf Unterlassung der Fortführung des Namens statt, weil auch durch jahrelange Fortsetzung unlauterer Wettbewerb nicht zum lauteren werde. Das Reichsgericht weist die Klage ab. Kl. müsse sich damit abfinden, daß Bekl. die Firma auch weiter fortführe, wenn der Firmengebrauch jahrzehntelang ungestört stattgefunden hat[47]) Zu diesem Ergebnis führe der gerechte Interessenausgleich. Zwar betont das RG., daß sich die Frage der Verwirkung nur von Fall zu Fall entscheiden lasse. Aber es läßt sich nicht leugnen, daß das RG. dem Zeitablauf zumindestens eine sehr große Bedeutung beilegt, wenn es die Frage der Verwirkung prüft. Die Verwirkung ließe sich mit der Ersitzung vergleichen, weil die an sich unlautere Handlung zu einer lauteren[48]) und weil der durch sie geschaffene Zustand zu einem redlichen Besitzstand wird.

Die Ansicht des RG. kann m. E. nicht gebilligt werden. Sie findet keinen Boden im positiven Recht. Die einzige Rechtsfolge, die der Zeitablauf bedingt, ist das Entstehen der Einrede der Verjährung. Das Gesetz stellt es in das Be-

---

46) Erst die neueste Rechtspr. des RG., vgl. RG. in JW. 30 S. 1694; DJZ. 30 S. 898, Gruch. Beitr. 8. Jahrg. NFS. 291 ff. Das Institut d. Verwirkung ist zuerst entwickelt im Aufw.-Recht, vgl. Scholtz, Verzicht, Verwirkung, Verjährung i. d. Rechtspr. des Aufw.-Rechts in J. W. 1930 S. 2356 ff. Noch in RGZ. 80, 436 erklärte das RG., eine Ersitzung (erwerbende Verjährung) gebe es nicht auf dem Gebiete des Unterlassungs-Wettbewerbs. Dem stimmt auch Rosenthal, WettbewGes. § 21 Note 4 i. d. 8. Aufl. noch zu. Mit der Verwirkung der Unterlassungsansprüche befaßt er sich nicht.

47) RG. in Gruch. Beitr. a. a. O.

48) RG. in DJZ. 30, 899. „Infolge Verwirkung liegt gar kein Sittenverstoß vor."

lieben des Verletzers, ob er sich auf die Verjährung berufen will, oder nicht. Die Frage der Verwirkung aber prüft das Gericht, auch ohne daß der Beklagte sich hierauf beruft. Sie ist deshalb, prozessual gesehen, von der Verjährung wesentlich verschieden. Der Einführung solcher neuen Rechtsinstitute (Verwirkung statt Verjährung) steht das grundsätzliche Bedenken entgegen, daß sie unbedingt zu einer Rechtsunsicherheit führen muß. Wie verschieden kann die Frage, wann Verwirkung eingetreten sei, beantwortet werden! Nach 1 Jahr, nach 3, 10, 30 Jahren? Das alles bleibt dem gerechten Interessenausgleich vorbehalten [49]). Immerhin würde man solche rechtsschöpfende Tätigkeit billigen können, wenn es gälte, dort zu reden, wo das Gesetz schweigt. Das aber tut das Gesetz ja gar nicht. Es hat die Frage der Verjährung im § 21 WettbewGes. eingehend geregelt. Man braucht nur den Begriff der fortgesetzten Handlung richtig zu verstehen, und alle Schwierigkeiten sind gelöst. Statt Rechtsunsicherheit entsteht Rechtssicherheit. Der Kläger weiß genau nach Ablauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist, daß Bekl. ihm die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann. Allein dieses praktisch so überaus befriedigende Ergebnis sollte geeignet sein, die Richtigkeit der Anschauung, daß absolute Unterlassungsansprüche sofort mit der Zuwiderhandlung auch zu verjähren beginnen, darzutun.

Betont soll werden, daß die obigen Fragen nur für die fortgesetzte Handlung (z. B. fortlaufendes unberechtigtes Führen eines Firmennamens) zweifelhaft wird. Wenn nur eine einmalige, nicht fortgesetzte Zuwiderhandlung stattgefunden hat, so läßt auch die Gegenansicht die Verjährung sofort beginnen [50]). Hier wird man das Erfordernis aufstellen können, daß die Verjährung nur dann beginnt, wenn Wiederholungsgefahr besteht. Sonst könnte der Unterlassungsanspruch verjähren, ohne daß Klagemöglichkeit besteht, da nach herrschender Ansicht auch die wettbewerblichen Unter-

---

49) Mit Recht bemerkt Bunge, Rationelle Rechtsprechung, in DJZ. 30, 873, die Anspruch erhebende Partei wisse tatsächlich nicht, woran sie sei.

50) Vgl. Rosenthal, Unterlassungsklage S. 69, Wettbew.-Ges. § 21 Note 3 a.

lassungsansprüche nur bei Wiederholungsgefahr eingeklagt werden können [51]).

C. Der deliktische Unterlassungsanspruch und seine Verjährung.

Der rein deliktische Unterlassungsanspruch ist einmal denkbar als Naturalrestitution (§ 249 BGB.) (sog. wiederherstellender Unterlassungsanspruch). Eine objektiv rechtswidrige und subjektiv schuldhafte Verletzung eines der im § 823 genannten Rechtsgüter erzeugt für den Verletzten einen Anspruch auf Schadensersatz. Wenn sich aus der Art und Weise der Zuwiderhandlung klar ergibt, daß der Verletzer auch in Zukunft solche unerlaubten Handlungen vornehmen werde, so ist dem Verletzer mit einem bloßen Ersatz des Schadens in Geld nicht gedient. Er hat vielmehr auch noch einen immateriellen Schaden erlitten, den man als Bewußtsein der Beeinträchtigung oder Vernichtung des ungestörten Genusses seiner Rechtsgüter bezeichnen könnte. Diese Besorgnis kann nur dadurch beseitigt werden, daß der Verletzte die Sicherheit erlangt, in Zukunft würden solche Handlungen unterlassen werden. So wird ein Kaufmann, dessen Kredit durch Verbreitung unwahrer Behauptungen geschädigt ist (§ 824 BGB.), die Gefahr künftiger Kreditgefährdungen für beseitigt ansehen, wenn er die Unterlassung solcher Behauptungen verlangen kann [52]). Erst dann hat der Geschädigte wieder das Gefühl der Ungestörtheit, das er besaß, als das schädigende Ereignis noch nicht eingetreten war [53]).

---

51) Vgl. Rosenthal, Unterlassungsklage S. 50 und die dort zitierten Entscheidungen.

52) Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 224, Die Durchsetzung des Anspruchs erfolgt gemäß § 890 ZPO.

53) Anerkannt wird die Möglichkeit des Unterlassungsanspruchs als Naturalrestitution von Lehmann, a. a. O. S. 223 ff.; Stephan, a. a. O. S. 155; Ulrich, a. a. O. S. 84 ff. A. M. Blume in der Festg. f. Güterbock S. 393; Jacobsohn, a. a. O. S. 34; Rosenthal, Unterlassungsklage S. 46 (eine „begriffliche Unmöglichkeit"). Das RG. teilt in RGZ. 77 S. 217 die erstere

Ein rein deliktischer Unterlassungsanspruch kann aber auch auf Grund der Verbotsgesetze konstruiert werden (meist deliktischer Unterlassungsanspruch genannt).

Wenn das Gesetz an eine bestimmte Handlung Schadensersatzpflicht oder Strafe knüpft, so sagt es damit zugleich, daß es diese Handlung verbiete. In diesem Verbot liegt wiederum das Gebot beschlossen, solche zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen zu „unterlassen". M. a. W., wo eine Pflicht auferlegt ist, da ist auch zugleich ein Recht gewährt [54]).

Auch dieser Unterlassungsanspruch ist nur bei rechtswidriger und schuldhafter Handlung gegeben, also ein wirklich deliktischer Anspruch. Er ist deshalb von dem quasi deliktischen (negatorischen) Anspruch, der schon bei nur objektiv rechtswidriger Verletzung entsteht, scharf zu trennen [55]).

Sowohl der wiederherstellende wie der verbotsgesetzliche Unterlassungsanspruch sind wirkliche Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Sie unterliegen deshalb wie die übrigen

---

Ansicht. Näher kann auf diese Frage an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Eine überzeugende Widerlegung der gegnerischen Ansicht findet sich bei Ulrich, a. a. O. S. 87 ff.

54) So zuerst RGZ. 48 S. 120. Dieser Begründung stehen allerdings schwere formaljuristische Bedenken entgegen. Es fragt sich, ob wirklich überall dort, wo eine Pflicht statuiert ist, der hierdurch „Begünstigte" zum „Berechtigten" wird. Auch der Vorwurf, daß subjektives Recht und rechtlich begünstigte Stellung verwechselt sei, erscheint schwerwiegend. Weshalb sind dann in § 823 Abs. 1 und 2 „Recht" und „Schutzgesetz" überhaupt noch unterschieden? Der Unterlassungsanspruch auf Grund der Verbotsgesetze wird deshalb abgelehnt von Lehmann, a. a. O. S. 125; Stephan, a. a. O. S. 146 f.; Ulrich, a. a. O. S. 77; Oertmann in DJZ. 1904 S. 619. Dafür vor allem Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 107 (gegen ihn wieder Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 242 Anm. 1 und Blume, a. a. O.), und Rosenthal, Unterlassungsklage S. 4, 44. Da das RG. an seiner Ansicht festhält, wird trotz dieser Bedenken, die ich als stichhaltig ansehen möchte, der sog. deliktische Unterlassungsanspruch auf seine Verjährung hin zu untersuchen sein.

55) In Theorie und Praxis wird diese Scheidung oft vernachlässigt, vgl. hierüber Rosenthal, a. a. O. S. 4, 44 f.; Stephan S. 143; Ulrich, a. a. O. S. 70.

Ansprüche dieser Art hinsichtlich der Verjährung der Sonderregelung des § 852 BGB. Die Verjährungsfrist beträgt somit drei Jahre und beginnt zu laufen von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte erstens von dem Schaden, das bedeutet hier von der Rechtsverletzung, und zweitens von der Person des Ersatzpflichtigen, also des Unterlassungsschuldners, Kenntnis erlangt hat. Spätestens jedoch verjährt der Anspruch in 30 Jahren.

Auch beim deliktischen kann ebensowenig wie beim wettbewerblichen Unterlassungsanspruch anerkannt werden, daß bei fortgesetzter Handlung die Verjährung erst mit Abschluß der fortdauernden Zuwiderhandlung beginne. Es genügt vielmehr Kenntnis des Beginns der Zuwiderhandlung [56]) und der Person des Verpflichteten. Erkennbarkeit des letzten Teiles der fortgesetzten Handlung wird nicht verlangt werden dürfen, da der Unterlassungsanspruch schon mit dem Beginn der Verletzung entsteht [57]), und die Kenntnis vom Entstehen des Anspruchs dem Verletzten doch schon die Möglichkeit geltend zu machen.

Im Gegensatz zum rein deliktischen steht der quasideliktische (quasinegatorische vorbeugende), Unterlassungsanspruch.

Aus Gründen des praktischen Bedürfnisses heraus haben die Gerichte geglaubt, neben dem Unterlassungsanspruch aus Vertrag, absolutem Recht und unerlaubter Handlung noch einen allgemeinen Unterlassungsanspruch anerkennen zu müssen. Voraussetzung ist nur objektiv rechtswidriger Eingriff in ein Rechtsgut und Gefahr der Wiederholung weiterer Zuwiderhandlungen [58]).

Das RG. begründet seine Ansicht mit analoger An-

---

56) A. M. Rosenthal, Unterlassungsklage S. 70, der meint, erst wenn die Handlung vollendet und der letzte Bestandteil erkennbar sei, beginne die Verjährung. Eine Begründung dieser Ansicht fehlt.

57) A. M. anscheinend Rosenthal, a. a. O. S. 68/69.

58) Zuerst entwickelt in RGZ. 60, 6; 61, 369. In der Theorie gebilligt vor allem von Rosenthal, Unterlassungsklage S. 2 ff.; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 242; Eltzbacher, a. a. O. S. 72 ff.

wendung der Vorschriften des § 12, 862, 1004 BGB.[59]). In diesen Fällen habe das Gesetz bei bloß objektiv rechtswidriger Verletzung des absoluten Rechtes einen Unterlassungsanspruch gewährt. Die Gerechtigkeit erfordere aber, daß auch dort, wo es sich nur um Rechtsgüter, nicht um absolute Rechte handle, ein Anspruch auf Unterlassung dem Verletzten zur Verfügung stände, allerdings immer unter der Voraussetzung, daß ein rechtswidriger Eingriff und Gefahr seiner Wiederholung vorliege.

Eine andere Ansicht[60]) konstruiert den allgemeinen Unterlassungsanspruch auf Grund der Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes. Dieses Recht schütze die persönliche Betätigung des einzelnen und zwar mit dem wirksamsten Mittel gegen objektiv rechtswidrige Störungen, mit der Unterlassungsklage. Auch nach dieser Ansicht sind objektiv rechtswidrige Verletzungen und Wiederholungsgefahr die notwendigen Voraussetzungen für die Entstehung des Unterlassungsanspruches.

Eine Auseinandersetzung, welche der beiden Ansichten richtig sei, kann im Rahmen dieser Arbeit fehlen. Nur soviel sei gesagt, daß theoretisch beide Ansichten schweren Bedenken unterliegen. Sind Vorschriften über absolute Rechte überhaupt analog anwendbar? Steht die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts noch auf dem Boden unseres positiven Rechts[61])? Es muß an dieser Stelle die Feststellung genügen, daß das wirtschaftliche Bedürfnis nach solch einem allgemeinen Unterlassungsanspruch unbestritten und unbestreitbar ist.

Dieser Unterlassungsanspruch interessiert uns nur insoweit, als seine Verjährung in Frage steht. Theoretisch bestehen zwei Möglichkeiten:

1. Der allgemeine Unterlassungsanspruch ist quasi deliktischer Natur[62]), er muß deshalb nach den Vorschriften für deliktische Ansprüche verjähren.

---

59) Gebilligt von Enneccerus u. Eltzbacher, a. a. O.

60) Vertreten von Rosenthal, a. a. O. S. 3; Oertmann, DJZ. 1904, 618 f.; Lehmann, a. a. O. S. 127 ff.

61) Vgl. hierüber Stephan, a. a. O. S. 149; Ulrich, a. a. O. S. 80; Lehmann S. 220 ff.

62) So die Theorie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

2. Dieser Anspruch hat quasi negatorischen Charakter. Seine Verjährung unterliegt deshalb den Regeln für die Verjährung von absoluten Unterlassungsansprüchen.

Es wird der ersteren Ansicht zuzustimmen sein. Zwar ist der allgemeine Unterlassungsanspruch, da er Verschulden nicht voraussetzt, kein Deliktsanspruch. Wohl aber hat er mit dem Deliktsanspruch gemein, daß er aus objektiv rechtswidrigem Verhalten entsteht. Deshalb wird man selbst dann, wenn man diesen Anspruch als quasinegatorischen konstruiert, ihn in Bezug auf seine Verjährung nach Analogie der Deliktsansprüche behandeln können[63]).

Für die Verjährung im einzelnen gilt dann das für die rein deliktischen Unterlassungsansprüche hinsichtlich ihrer Verjährung Gesagte entsprechend.

D. Die Wirkungen der Verjährung von Unterlassungsansprüchen.

Die Dauer der Verjährungsfrist für Unterlassungsansprüche zeigt ein buntes Bild:

Der obligatorische Daueranspruch verjährt 30 Jahre nach der ersten Zuwiderhandlung gegen den Anspruch (§ 198 Abs. 2 BGB.).

Der absolute Unterlassungsanspruch verjährt im allgemeinen 30 Jahre nach seiner Entstehung, die mit dem Zeitpunkte der Zuwiderhandlung gegen das absolute Recht zusammenfällt.

Der wettbewerbliche Anspruch auf Unterlassen verjährt in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Handlung und der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht hierauf jedoch spätestens in 3 Jahren (§ 21 WettbewGes.).

---

63) So auch Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 242 II Anm. 21. Rein logisch ist seine Ansicht inkonsequent. Er beruft sich für seine Ansicht auf eine RG.-Entscheidung in Leipz. Z. 1908 S. 86 ff. Hier liegt aber ein Fehlzitat vor. An der angegebenen Stelle ist eine entsprechende RG.-Entscheidung nicht aufzufinden.

Der wiederherstellende, der verbotsgesetzliche und der quasideliktische Unterlassungsanspruch verjähren in 3 Jahren unter denselben Voraussetzungen, wie der wettbewerbliche Anspruch, ohne Rücksicht auf diese Voraussetzungen jedoch spätestens in 30 Jahren (§ 852 BGB.).

Die Wirkung der Verjährung ist das Entstehen einer peremptorischen Einrede. Der zur Unterlassung Verpflichtete ist nach Ablauf der Verjährungszeit berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 222 BGB.). Leistungsverweigerung einem Unterlassungsanspruch gegenüber bedeutet aber, daß der Anspruchsgegner nicht mehr zu unterlassen braucht, er darf zuwiderhandeln, wie wenn der Unterlassungsanspruch erloschen wäre [64]).

Prozessual gesehen steht der verjährte Unterlassungsanspruch einem erloschenen Anspruch selbstverständlich nicht gleich, denn die Einrede der Verjährung wird nur berücksichtigt, wenn der Verpflichtete sie im Prozesse vorbringt. Das Erlöschen eines Anspruchs aber hätte das Gericht in Rechnung zu ziehen, auch wenn der Anspruchsgegner sich nicht ausdrücklich auf diese Einwendung des Anspruchserlöschens beruft.

Die Hemmung der Verjährung von Unterlassungsansprüchen erfolgt gemäß § 203 bei Stillstand der Rechtspflege, gemäß § 204 bei Bestehen eines Pietätsverhältnisses und gemäß § 206 (sog. Ablaufhemmung bei mangelnder gesetzlicher Vertretung). Diese drei Fälle bieten gegenüber dem positiven Anspruch keinerlei Besonderheiten. Es kann deshalb auf die Darstellungen über die Hemmung der Verjährung von positiven Ansprüchen verwiesen werden.

---

64) So auch Langheinecken, a. a. O. S. 258; Planck, Komm. Allg. T. § 222 Anm. 11. A. M. Lehmann, a. a. O. S. 191: Die Einrede sichere nur die Möglichkeit, zuwiderzuhandeln, ohne die Folgen einer Pflichtverletzung befürchten zu müssen. Praktisch scheinen beide Ansichten auf dasselbe hinauszulaufen. Wo die Möglichkeit der Zuwiderhandlung gegeben ist, wird man ebensogut von einem Recht zur Zuwiderhandlung sprechen können. Lehmann kommt allerdings zu dem Ergebnis, daß Einreden nur im Prozeß geltend gemacht werden könnten. (Vgl. auch die Uebersicht über den Streit der Meinungen bei Lehmann, a. a. O.)

Zweifel ergeben sich bei der Frage, ob die Verjährung von Unterlassungsansprüchen auch durch das Bestehen einer dilatorischen Einrede, insbesondere der Stundungseinrede, gehemmt sein könne. Für die obligatorischen Ansprüche wird dies zu bejahen sein, bei den übrigen Unterlassungsansprüchen dürfte die Frage praktisch völlig bedeutungslos sein. Die Stundung eines deliktischen Unterlassungsanspruches z. B. erscheint undenkbar. Soweit aber Stundung der obligatorischen Unterlassungsansprüche möglich ist[65]), hat der Anspruchsgegner während der Stundung das Recht der Zuwiderhandlung. Während dieser Zeit ist dann auf Grund von § 202 BGB. die Verjährung des Unterlassungsanspruches gehemmt.

Unterbrechung der Verjährung erfolgt durch Klagerhebung, ebenso wie beim positiven Anspruch (§ 209 BGB.) und durch Anerkennung des Unterlassungsanspruches (§ 208 BGB.). Die Unterbrechung durch Anerkennung ist ein Verhalten gegenüber dem Berechtigten, aus dem zu entnehmen ist, daß der Verpflichtete sich seiner Verpflichtung bewußt ist[66]). Wenn also der zur Unterlassung Verpflichtete nach der ersten Zuwiderhandlung jegliche Wiederholung einer solchen Verletzung unterläßt in dem Bewußtsein, zur Unterlassung der Zuwiderhandlung verpflichtet zu sein, so wird darin immer eine Anerkennung liegen[67]).

Nach Ablauf der Verjährungsfrist erlischt der Unterlassungsanspruch nicht, er wird vielmehr nur in seinen Wirkungen abgeschwächt, da der Gegner sich auf die Verjährung berufen und deshalb dem Anspruch zuwiderhandeln darf, also nicht mehr unterlassen braucht. Unterläßt der Unterlassungsverpflichtete die verbotene Handlung aber trotz Verjährung des Anspruchs, so liegt nicht etwa eine Leistung ohne Rechtsgrund, sondern Erfüllung des Anspruchs vor, da der Unterlassungsanspruch, wenngleich abgeschwächt, noch besteht (§ 222 BGB.).

---

65) Auch dies ist bestritten. Vgl. Lehmann, a. a. O.

66) Vgl. über den Streit im einzelnen Enneccerus, Lehrb. Allg. T. § 216 A Anm. 4.

67) Vgl. Stephan, a. a. O., S. 115; Langheinecken, a. a. O. S. 256.

Lebenslauf.

Am 21. Januar 1908 wurde ich als Sohn des Gastwirts Heinrich Harringer zu Lübeck geboren. In den Jahren 1914—1923 besuchte ich die Realschule zu Rostock. Ich ging sodann auf das Realgymnasium zu Rostock über und erhielt 1926 das Reifezeugnis dieser Schule. Ich studierte sodann Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg, Rostock, München und wieder Rostock. Im Februar 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, und bin seit dieser Zeit als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Herbert Harringer.